



HAL
open science

La Cour de justice de l'Union européenne précise les critères d'imputabilité au producteur dominant d'agissements commis par l'intermédiaire de ses distributeurs et clarifie la portée du test du concurrent aussi efficace en matière de clauses d'exclusivité (Unilever Italia)
Claire Mongouachon

► **To cite this version:**

Claire Mongouachon. La Cour de justice de l'Union européenne précise les critères d'imputabilité au producteur dominant d'agissements commis par l'intermédiaire de ses distributeurs et clarifie la portée du test du concurrent aussi efficace en matière de clauses d'exclusivité (Unilever Italia). *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023. hal-04542824

HAL Id: hal-04542824

<https://amu.hal.science/hal-04542824v1>

Submitted on 12 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

N° 2-2023

Critères d'imputabilité : La Cour de justice de l'Union européenne précise les critères d'imputabilité au producteur dominant d'agissements commis par l'intermédiaire de ses distributeurs et clarifie la portée du test du concurrent aussi efficace en matière de clauses d'exclusivité (*Unilever Italia*)

PRATIQUES UNILATÉRALES, POSITION DOMINANTE (ABUS), POSITION DOMINANTE (NOTION), DISTRIBUTION/VENTE, ACCORD DE DISTRIBUTION, CLAUSE D'EXCLUSIVITÉ, RESPONSABILITÉ (GROUPE), CONTRÔLE JURIDICTIONNEL, UNION EUROPÉENNE, DÉCISION PRÉJUDICIELLE (ART. 267 TFUE), CONCURRENT AUSSI EFFICACE

CJUE, 19 janv. 2023, aff. C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations Srl c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Claire Mongouachon | University of Aix-Marseille

Concurrences N° 2-2023 | Chroniques | Pratiques unilatérales

La grande particularité de cette affaire est de porter sur des agissements commis non pas directement par l'opérateur dominant, mais par l'intermédiaire de son réseau de distribution. C'est en effet pour avoir imposé à ses distributeurs de pratiquer des clauses d'exclusivité à l'égard des exploitants de points de vente que, sur plainte d'un concurrent, l'opérateur *Unilever* a été sanctionné par l'autorité de concurrence italienne. Les clauses figurant dans l'ensemble de ses contrats de distribution prévoyaient que les exploitants de points de vente étaient tenus de s'approvisionner exclusivement auprès d'*Unilever*, en contrepartie de quoi ils pouvaient bénéficier de diverses remises et commissions. Il y avait là pour l'autorité de la concurrence italienne matière à caractériser une stratégie d'exclusion mise en œuvre par *Unilever* et susceptible d'entraver la croissance de ses concurrents. C'est l'autre élément de discussion suscité par cette affaire.

Estimant non seulement qu'elle ne pouvait être condamnée pour des comportements mis en œuvre par ses distributeurs mais encore que les effets des comportements en cause n'étaient pas susceptibles de fausser la concurrence, *Unilever* a contesté cette décision devant une juridiction administrative régionale italienne. Celle-ci ayant rejeté son appel, Unilever s'est tourné vers le Conseil d'Etat italien, qui a alors interrogé la Cour de justice pour savoir si l'article 102 TFUE pouvait bien être mobilisé en l'espèce et selon quelles conditions. Les deux questions d'interprétation de l'article 102 TFUE soulevées par cette affaire seront examinées successivement. La première porte sur les possibilités et modalités d'imputabilité des comportements adoptés par les distributeurs d'un réseau de distribution au producteur dominant (I). La seconde porte sur l'exigence de caractérisation d'un effet d'exclusion de concurrents aussi efficaces en présence de pratiques d'exclusivité (II).

Les conditions d'imputabilité de l'article 102 TFUE aux comportements adoptés par les distributeurs d'un producteur en position dominante

La décision de l'autorité italienne de la concurrence de sanctionner *Unilever* pour les agissements commis par ses distributeurs était fondée sur la notion d'unité économique. On sait en effet que la notion d'entreprise visée tant par l'article 101 TFUE que par l'article 102 TFUE reçoit une acception fonctionnelle liée à la volonté de cerner, au-delà des qualifications juridiques formelles, l'existence d'une unité de comportement sur le marché (CJUE, *Sumal*, 6 octobre 2021, aff. C-882/19, cité par l'avocat général, au point 25 de ses conclusions). Cette notion d'unité économique permet ainsi d'appréhender sous l'angle d'une seule et même entreprise une pluralité de sociétés qui seraient indépendantes d'un point de vue juridique. C'est sur les contours de cette notion que la Cour de justice était amenée à se prononcer par la juridiction de renvoi qui se demandait "*quels sont les critères pertinents pour déterminer si la coordination contractuelle entre des opérateurs économiques formellement autonomes et indépendants donne lieu à une unité économique*" (pt 16).

Dans ses conclusions (pts 24 et s.), l'Avocat général M. Athanasios Rantos s'était longuement attaché à préciser les modalités de caractérisation de l'unité économique, développée essentiellement en matière de groupes de sociétés. Dans cette hypothèse, la responsabilité du comportement d'une filiale peut être imputée à la société mère lorsque celle-ci exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale, ce qui peut ressortir des liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère.

Ce sont ces critères que l'Avocat général recommandait d'appliquer à des sociétés présentant entre elles des liens de nature non pas capitalistique mais contractuelle, comme en l'espèce (pt 38). Il estimait toutefois également possible de raisonner indépendamment de la qualification d'unité économique lorsque le comportement mis en œuvre par le distributeur l'a été conformément aux instructions spécifiques données par cette entreprise et donc au titre de la mise en œuvre d'une politique commerciale unique (pt 48). C'est cette alternative qui est retenue par la Cour. Celle-ci expose, au titre d'une interprétation téléologique du traité, que la responsabilité particulière qui pèse sur l'entreprise dominante vise à prévenir les atteintes à la concurrence occasionnées soit directement par le comportement de l'entreprise dominante soit par des comportements dont la mise en œuvre a été déléguée par cette entreprises à des entités juridiques indépendantes tenues d'exécuter ses instructions. Comme l'explique la Cour, en pareille hypothèse, "*étant donné que le comportement reproché à l'entreprise en position dominante a été décidé unilatéralement, cette dernière peut être considérée comme en étant l'auteur*" (pt 30). Bien que la Cour fasse mention des "*liens juridiques et économiques*" (pt 31) unissant les distributeurs à l'opérateur dominant, la Cour se détourne de la notion d'entité économique. Elle crée un cas a priori inédit d'imputabilité à l'entreprise dominante de comportements mis en œuvre par les distributeurs de son réseau de distribution. Cette imputabilité joue "*s'il est établi que ces agissements n'ont pas été adoptés de manière indépendante par lesdites distributeurs mais qu'ils font partie d'une politique décidée unilatéralement par ce producteur et mise en œuvre par l'intermédiaire desdits distributeurs*" (pt 33). Cette imputabilité n'est donc pas subordonnée à la démonstration de l'appartenance des distributeurs à une seule et même entreprise au sens de l'article 102 TFUE.

Cette position peut s'expliquer par la volonté de ne pas donner à la notion d'unité économique, commune aux articles 102 et 101 TFUE, un champ d'application trop large, au risque de faire échapper à l'interdiction des ententes les accords passés entre les entités en question.

Pour éviter ce piège, la notion d'abus de position dominante collective aurait sans doute eu intérêt à être mobilisée, les juridictions ayant admis son application en présence de contrats de distribution type communs à des distributeurs régionaux d'énergie électrique et contenant des clauses d'exclusivité (CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo, aff. C-393/92, pts 42 et 43) ou encore en présence d'une relation contractuelle verticale entre entreprise – toutefois liées par des liens capitalistiques (TPICE, 7 octobre 1999, aff. T-228/97, Irish Sugar, pt 63). Néanmoins, l'idée était manifestement ici de mettre en cause la seule entreprise dominante jugée responsable des pratiques litigieuses, à l'exclusion des distributeurs du réseau, considérés comme de simples intermédiaires de l'entreprise dominante.

Encore fallait-il pour cela pouvoir caractériser l'abus.

L'extension du test du concurrence aussi efficace au contrôle des clauses d'exclusivité

Le second aspect de l'arrêt concerne les modalités de caractérisation de l'abus de position dominante mis en œuvre au moyen de clauses d'exclusivité. La juridiction de renvoi interrogeait plus précisément la Cour sur le point de savoir si l'autorité de concurrence était tenue d'établir que ces clauses ont pour effet d'exclure du marché des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante.

Cette question appelait de façon générale une clarification de la part de la Cour sur la place dévolue à l'analyse dite plus économique des pratiques d'éviction. Cette analyse des effets anticoncurrentiels, tournée vers le critère du bien-être du consommateur, a été promue par la Commission européenne dans sa communication de 2009 ("Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes", JO 2009, C 45) envers l'approche plus formelle de la jurisprudence antérieure, traditionnellement orientée vers la protection de la structure de la concurrence sur le marché intérieur.

Dans la continuité des derniers grands arrêts rendus (CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA ENEL SpA*, voir chronique F. Marty, *Concurrences* n°3-2022, p. 88-90), la Cour maintient une voie d'équilibre entre l'apport de la jurisprudence passée et les développements plus récents. La Cour rappelle ainsi que l'article 102 TFUE vise à sanctionner les comportements d'une entreprise en position dominante qui (...) ont pour effet de porter atteinte au maintien d'une structure de concurrence effective (CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e. a.*, aff. C-377/20, pt 68). Elle tempère néanmoins cette approche orientée vers la protection de la structure de la concurrence par des considérations davantage tournées vers le consommateur en précisant que cette disposition n'a pas pour but de maintenir sur le marché des "*concurrents moins efficaces, et donc moins intéressants, pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation*" (pt 37). Il en résulte deux modes de caractérisation de l'abus tenant soit à l'identification d'effets d'éviction de concurrents aussi efficaces que l'opérateur dominant en termes de structure de coûts, de capacité d'innovation ou de qualité, soit à l'utilisation de moyens autres que ceux relevant d'une concurrence par les mérites (pt 39).

S'agissant de la caractérisation des effets d'éviction, la Cour rappelle à la suite de l'arrêt *SEN* qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'effets anticoncurrentiels effectifs. Il suffit pour l'autorité de concurrence d'établir la capacité du comportement litigieux à restreindre la concurrence malgré son absence d'effet (pt 41), cette preuve ne pouvant toutefois pas résulter des seuls enseignements de la science économique mais devant s'appuyer sur les éléments propres de l'espèce.

S'agissant de la notion de concurrence par les mérites, rappelons que c'est précisément sur cette base que la Cour avait jugé dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* que les clauses d'approvisionnement exclusifs et les rabais de fidélité pratiqués par une entreprise en position dominante constituaient par nature un abus de position dominante (CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, pt 89). Sans faire l'objet d'un revirement, la portée de cette jurisprudence avait été considérablement affaiblie dans l'arrêt *Intel* qui concernait plus particulièrement les rabais de fidélité (CJUE, 6 septembre 2017, aff. C-413/14 P). La Cour a considéré que lorsque l'entreprise dominante invoque, en défense, que son comportement n'a pas eu la capacité d'évincer des concurrents aussi efficaces qu'elle, l'autorité de concurrence est alors tenue d'examiner cette analyse des effets fondée, le cas échéant, sur le test du concurrent aussi efficace.

L'arrêt *Unilever* vient consolider l'édifice en transposant la solution de l'arrêt *Intel* au cas des clauses d'exclusivité. Il ne s'agit pas, comme le précise la Cour, d'obliger systématiquement les autorités de concurrence de recourir au test du concurrent aussi efficace pour caractériser un abus. D'une part, ce test peut se révéler inapproprié en présence notamment de certaines pratiques et d'autre part, l'abus peut parfois être caractérisé sur la base du constat de l'utilisation par l'opérateur dominant de ressources autres que celles qui gouvernent la concurrence par les mérites (pt 57).

Il faut retenir en revanche que les clauses d'exclusivité, pas plus que les rabais de fidélité, ne sauraient faire obstacle à l'application du test du concurrent aussi efficace afin de démontrer l'absence de capacité restrictive de ces pratiques. Ainsi, si le recours à ce test reste facultatif pour les autorités de concurrence, la présentation de ce test au cours de la procédure par l'entreprise dominante déclenche l'obligation pour l'autorité de concurrence d'en examiner la valeur probante.

Il s'agit, là encore, de réaliser un compromis entre l'approche traditionnelle de l'abus et l'approche plus économique, laquelle trouve un soutien commode et habile dans la nécessité pour la Cour de garantir, au titre de principe général du droit, les droits de la défense. Nul doute que si ce test du concurrent aussi efficace reste juridiquement cantonné à la valeur d'un simple argument de défense, il a vocation à devenir en pratique un réflexe pour les opérateurs dominants et ainsi à se généraliser dans le prétoire concurrentiel.